

O Negócio Jurídico

EDUARDO ANDRADE RIBEIRO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Excelentíssimo senhor Des. Fonseca Passos, que preside os nossos trabalhos, Excelentíssimo senhor Des. Sergio Cavalieri, Diretor da EMERJ, ilustres componentes da Mesa, meus companheiros e colegas.

O Ministro Moreira Alves, ao terminar sua exposição, observou que tratar da Parte Geral do Código Civil, incumbência que lhe foi atribuída, importava atravessar o oceano a nado. Isso me ficou marcado de maneira especial porque, se para S. Exa. a tarefa já assumia tal proporção, o que representaria para mim que devo falar após a platéia o ter ouvido?

E se já estava preocupado, essa preocupação aumenta ainda mais com o fato de o Des. Sergio Cavalieri, com a gentileza e a generosidade que o caracterizam, dirigir-me elogios evidentemente tão exagerados. Agradeço muitíssimo sua bondade e gostaria de corresponder ao que disse, em uma pequena parte que fosse.

Passemos à exposição, procurando, na medida do possível, não incidir em repetições, tendo em vista a brilhante palestra que antecedeu à nossa.

1. O Código em vigor, como sabido, não se utilizou, em nenhum de seus dispositivos, da expressão “negócio jurídico”, embora, em realidade, disso haja tratado, como não poderia deixar de ser, ao regular os atos jurídicos em sentido lato. No livro dedicado aos fatos jurídicos, refere-se aos atos jurídicos, atos ilícitos e contém um título específico sobre a prescrição. Os fatos jurídicos *stricto sensu* não foram objeto de normas genéricas no Código atual, como também no novo, embora hajam sido considerados, evidentemente, em vários dispositivos. Bastaria mencionar o nascimento e

a morte, fatos jurídicos relevantíssimos. Várias outras normas podem, ainda, ser citadas, pertinentes a sua regulamentação, como, por exemplo, o aluvião, que é tipicamente um fato jurídico *stricto sensu*, ou seja, aquele que independe por completo da vontade humana.

O novo Código acrescentou àquela classificação os negócios jurídicos. Contemplou-os, em seu texto, como a grande categoria entre aquelas que integram os fatos jurídicos, a que mais importaria para a codificação e, por conseguinte, para o Direito Civil.

A elaboração doutrinária do conceito de negócio jurídico começou a assumir relevo na Alemanha, com os pandectistas, e, no final do século XIX, já penetrava no estudo da Ciência do Direito. Foi no século passado, entretanto, que encontrou maior desenvolvimento. Compreensível, pois, como já observou o Ministro Moreira Alves, em trabalho publicado na revista **Arquivos do Ministério da Justiça**, que Clóvis, ao redigir o texto que serviu de base ao Código de 1916, não tenha cogitado de acolhê-lo em suas disposições.

Costuma-se explicar haja o conceito de negócio jurídico alcançado essa relevância, em determinado momento histórico, a uma conjunção de fatores, socioeconômicos e políticos. O liberalismo teria atingido o apogeu, o pináculo de seu prestígio, o que significava o auge da importância outorgada à autonomia da vontade, que se acha no núcleo do conceito de negócio jurídico. Essa categoria jurídica estaria vinculada, pois, a uma posição política, que muitos chegaram a imaginar ultrapassada. Orlando Gomes, escrevendo sobre a matéria, em trabalho publicado na coletânea “Novos

Palestra proferida no seminário realizado em 15.02.2002

Temas do Direito Civil”, investe agressivamente contra a pretensão de incluí-la no Código. Sustenta que tal intento se vinculava a uma fase superada, a uma concepção econômica morta e que a tentativa de introduzir esse conceito estaria em descompasso com o momento histórico. Não está sozinho na crítica, cumpre reconhecer.

Em verdade, acentua-se a tendência, ao menos no campo contratual, de um certo dirigismo estatal, visando à tutela de interesses que se consideram merecedores de proteção, mediante normas cogentes que restringem a autonomia da vontade, notadamente em vista da massificação de certas relações jurídicas.

A categoria jurídica em exame, entretanto, encontra amparo na realidade, ainda que tenha alcançado um realce especial, em função de um determinado momento histórico. A autonomia da vontade continua a existir e a refletir-se no fenômeno jurídico. O ordenamento persevera no reconhecimento de que a vontade é apta a produzir efeitos jurídicos, eleitos pelo interessado, e aí está o que releva fundamentalmente para a existência do negócio jurídico. Ao que nos parece, possível conviver o conceito, ainda que o enfoque e a ênfase em certos aspectos possa modificar-se.

O Código Civil em vigor, ao tratar do ato jurídico, procurou defini-lo no artigo 81. A definição, entretanto, é criticada, pois teria levado em conta não aquilo que constituiria a sua substância, mas as consequências de sua prática. O novo Código - creio que em uma decisão mais sábia - absteve-se, de um modo geral, de definições.

Os senhores sabem que há uma grande divergência quanto à orientação que seria a melhor. Alguns códigos e projetos de códigos, em diversos ramos do Direito, evitam enunciar o entendimento que se haja de ter a propósito dos institutos jurídicos, enquanto outros multiplicam as definições. Tivemos proposta para um novo Código de Processo Penal que primava por consagrá-las em seu texto. Não frutificou, como se sabe. Pa-

rece realmente melhor deixar a tarefa para a doutrina.

O que seja o negócio jurídico já se mostrou na palestra que antecedeu a essa. Sua característica consiste no fato de os efeitos jurídicos serem produzidos pela manifestação da vontade, efeitos estes eleitos por quem a enuncia. O ato jurídico não-negocial, ato jurídico em sentido estrito, tem seus efeitos predeterminados pela lei. Certamente que também se vincula à vontade humana, dependendo do querer do homem praticá-lo ou não e, ao fazê-lo, visa a alcançar certas consequências jurídicas. Estas, entretanto, serão as já estabelecidas no ordenamento, ao contrário do ato negocial, em que há possibilidade de determiná-las.

Além disso, existem os chamados atos materiais, em que de todo irrelevante o escopo de obter-se um efeito jurídico. Quem os pratica pode desejar o ato em si, mas nenhuma importância tem que vise a uma consequência jurídica que, isso não obstante, se verifica, como sucede na especificação.

Em relação aos atos jurídicos não-negociais, há uma certa imprecisão doutrinária, quando se trata concretamente de classificá-los; alguns autores agrupando determinados atos na categoria dos negócios, outros na dos atos jurídicos em sentido estrito. Assim é que a melhor classificação para o casamento parece ser a de um ato jurídico *stricto sensu*, pois existe um estatuto legal insusceptível de alteração. Não falta, entretanto, quem o considere um negócio jurídico.

Observe-se, ainda, que a palavra negócio sugere, ao menos para o leigo, um conceito que não corresponde ao que efetivamente o termo traduz na linguagem dos juristas. Ao se falar em negócio, pode-se transmitir a impressão de bilateralidade, quando não é necessariamente assim. A configuração do negócio jurídico não tem como requisito seja o ato bilateral. O testamento, por exemplo, é um ato unilateral e consiste em negócio jurídico, uma vez que seu conteúdo é determinado pela vontade do testador.

Bons exemplos, entre muitíssimos outros, de ato jurídico em sentido estrito são o reconhecimento de paternidade e a adoção. A pessoa que adota ou que reconhece um filho limita-se a manifestar sua vontade, com obediência às formalidades legais exigidas. Nada estabelece quanto às conseqüências que disso irão derivar, pois já se acham predeterminadas pela lei, escapando inteiramente à sua disposição.

Ao tratar dos atos jurídicos não negociais, o Código determinou que se lhes aplicassem, no que coubessem, as normas pertinentes ao negócio jurídico. A fórmula, ao meu ver, é melhor que a de outras codificações, como a portuguesa, que prevê sejam aplicáveis com fundamento na analogia. Analogia é um processo de integração para suprir lacunas, ainda que se considere, como determinada corrente, que o ordenamento não ostenta lacunas que não sejam valorativas. Não é disso que se cuida.

2. À semelhança do Código em vigor, também o novo regula duplamente os requisitos de validade do negócio jurídico. O atual os enumera no art. 82: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. E nos artigos 145 e 147 trata da nulidade e da anulabilidade.

No novo Código, o artigo 104 repete os mesmos requisitos de validade constantes do artigo 82 da lei vigente, e acrescenta que o objeto haverá, também, de ser possível, determinado ou determinável. Mais adiante, no capítulo relativo à invalidade do negócio jurídico, arrola outras causas que podem a isso conduzir.

Feitas essas brevíssimas observações, passarei a examinar, no texto do Código, aquelas modificações que me pareceram relevantes, evitando insistir nas que foram objetos de consideração na exposição hoje já feita.

Com relação à incapacidade, o Código fez correção que se impunha ao texto equivocado do artigo 83, ora em vigor. Ali se estabelece que, salvo quando indivisível o objeto do direito ou da obriga-

ção comum, a incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio. Evidentemente, omitiu-se, no texto, um adjetivo, necessário para restringir sua abrangência. É que só pode incidir tratando-se de incapacidade relativa. Se absoluta, a qualquer um é dado invocá-la, mesmo porque pode ser declarada de ofício, ou argüida pelo Ministério Público, uma vez que o ato é nulo. Cumpre reconhecer, entretanto, que a correção, em verdade, foi somente de uma imprecisão técnica. Também no texto vigente, sendo a incapacidade absoluta causa de nulidade, ter-se-ia de concluir que possível fosse alegada pela parte a quem não aproveitasse a declaração. Nulo o ato, o sistema leva a considerar-se irrelevante haja provocação para que isso se declare. Suscitada por não importa quem, haverá de ser pronunciada pelo juiz, uma vez que poderia fazê-lo de ofício.

3. No que diz respeito à expressão da vontade, a sua declaração, o Código introduziu modificações, todas, a meu ver, adequadas. É verdade que algumas delas poderiam ser qualificadas simplesmente como “regras de bom aviso” e, mesmo à míngua de disposição expressa, já eram aplicadas pela jurisprudência e acolhidas pela doutrina porque corresponderiam, pode-se dizer, à natureza das coisas.

O Ministro Moreira Alves referiu-se, hoje, às distintas orientações da doutrina, quando se cogita da vontade e sua declaração, mais especificamente, ao conflito que possa entre elas configurar-se. Claro que a vontade não declarada não tem, juridicamente, relevo algum. A declaração é sempre indispensável, ainda que possa fazer-se mesmo tacitamente, ou resultar até do silêncio. O problema é o eventual descompasso entre o efetivo querer e o que se expressou.

Como freqüentemente ocorre, em situações análogas, duas correntes se formaram, a sustentar teses antagônicas. Uma de índole subjetivista, emprestando prevalência marcante ao elemento volitivo, destacando-se Savigny en-

tre os que lhe deram sustentáculo. Outra, objetivista, para a qual importa o que foi declarado. Aquilo que se formou na psique da pessoa, o que ela quis, mas não manifestou, carece de qualquer relevo.

Como o negócio jurídico supõe manifestação da vontade, não é difícil acolher-se a primeira corrente. Bons argumentos, entretanto, também amparam a teoria da declaração. Mencione-se, por exemplo, a reserva mental, que se verifica quando alguém expressa alguma coisa, mas com a reserva, não declarada, de querer outra. Importará o que se expressou.

Hipótese interessante, em que a declaração vale mais do que a vontade, encontra-se na formação de contrato entre ausentes, quando a retratação não chegue, oportunamente, ao conhecimento da outra parte. Alguém faz a proposta e depois se arrepende e intenta retirá-la, mas quando consegue dar à outra parte conhecimento disso, o contrato já estava concluído e a retratação é inoperante. A mudança no querer pode ter ocorrido antes da aceitação e, não obstante, forma-se o vínculo. Evidencia-se a importância da declaração que, no caso, terá primazia sobre a vontade.

Como freqüentemente ocorre em Direito, entre duas correntes extremadas surge uma mista, eclética, moderada. Isso o que se verificou também nessa matéria. Visando a estabelecer um justo equilíbrio quanto ao o que há de ser considerado, se a vontade, ou a declaração, formou-se a chamada teoria da confiança que veio a merecer acolhida no Código Italiano.

Esta teoria preconiza que a declaração importa e há de prevalecer, na medida em que seja apta a gerar, em seu destinatário, a convicção fundada de que corresponde efetivamente à vontade do declarante. Criada essa convicção, e por isso o nome “teoria da confiança”, prepondera o declarado, ainda que não se afine com o real querer do declarante. Uma ressalva, entretanto, se impõe. Exige-se que aquele, a quem feita a declaração, cerque-se dos cuidados normalmente exigíveis. Se a for-

mação de seu convencimento deveu-se a não ter agido com a atenção recomendável, assumindo comportamento que se possa reputar culposos, não lhe será dado alegar que se convenceu de alguma coisa que não guardava correspondência com o efetivamente desejado pelo declarante.

Toda essa discussão gira em torno da necessidade de harmonizar dois valores. De um lado, resguardar-se a vontade, como elemento fundamental do negócio jurídico. De outro, garantir-se a segurança do comércio jurídico, prestigiando-se a boa-fé daquele que recebe a declaração. Como sucede em tantos outros casos, faz-se necessária uma formulação que afaste os exageros, não conduzindo a que naufrague um ou outro daqueles valores.

Certas situações, evidentemente, reclamam soluções próprias e, por isso mesmo, os códigos abrem capítulos a respeito dos vícios da vontade, ao cuidar dos defeitos dos atos jurídicos.

Passemos ao exame, ainda que necessariamente superficial, de algumas questões pertinentes à vontade e à sua declaração.

4. Como já mencionado, o novo Código, ao contrário do vigente, cuidou expressamente da reserva mental, estabelecendo, em seu artigo 110, que “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”. A norma, em verdade, traduz algo que se pode reputar assente e, ainda não existisse, a falta seria incapaz de gerar perplexidade. Mesmo as correntes subjetivistas mais extremadas, que colocavam o elemento vontade como absolutamente fundamental e dominante, admitiam que a reserva mental, levando a que não houvesse manifestação de vontade, em relação a um determinado ponto, não poderia ter consequências jurídicas. O Código, à semelhança de outros, como o alemão, explicitou o que já era comumente aceito, mesmo à mínima de regra escrita.

A ressalva feita pela lei também já se impunha como evidente. A reserva mental será eficaz, caso dela tivesse conhecimento o destinatário. Se a declaração é dirigida a alguém que conhece a verdadeira intenção do declarante é porque essa, de algum modo, foi explicitada. A rigor, não terá havido reserva mental.

5. Prosseguindo no trato do tema, dizendo com a vontade e sua declaração, dispôs o Código, no artigo 111, a respeito do silêncio como manifestação da vontade.

Parece-me que a redação desse dispositivo poderia ter sido um pouco mais clara, embora uma leitura atenta permita, desde logo, descobrir o seu verdadeiro sentido. Estatui o artigo citado: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. O leitor desavisado poderia supor que se estaria cogitando da hipótese de as circunstâncias ou os usos autorizarem o silêncio. O que se há de entender, entretanto, é que a conclusão - importar anuência - seja autorizada pelos usos ou pelas circunstâncias.

O silêncio como forma de declaração de vontade, a cujo respeito existe valiosa obra de Serpa Lopes, não foi considerado pelo Código de 1916. Poder-se-ia imaginar o contrário, em virtude de nele encontrar-se menção ao consentimento tácito. O silêncio, entretanto, não se confunde com a manifestação tácita da vontade, ou com o consentimento implícito.

A manifestação tácita se verifica quando alguém, sem declarar explicitamente sua vontade, adota um comportamento que permite concluir o que pretende por ser ele inconciliável com entendimento diverso. Esse modo de expressar um propósito é objeto de consideração em outros ramos do direito, como o processual, quando se refere a renúncia ao recurso. No Código, consulte-se o artigo 659, a respeito da aceitação do mandato. Observe-se, entretanto, que

essa terminologia, recomendada pela doutrina, nem sempre é observada pelo legislador, como se verifica do próprio Código.

O silêncio também se distingue claramente da declaração implícita. Esta ocorre quando, por força de compreensão, deva reputar-se contida nos termos da declaração efetivamente feita.

Ainda neste caso, note-se, embora a disposição seja nova, não importou modificação daquilo que já se tinha, de um modo geral, como aceito.

6. No que diz respeito, especificamente, ao cotejo entre a vontade e a declaração, quando entre elas ocorra um conflito, ainda que aparente, dispõe o artigo 85 do Código em vigor que se haverá de atender mais à intenção, que ao sentido literal da linguagem. A lei nova introduziu um outro elemento, explicitando que se deverá considerar a intenção consubstanciada na declaração de vontade. A alteração se recomendava, por emprestar maior segurança aos negócios jurídicos, evitando seja dada à vontade preponderância exagerada e indesejável, capaz de fazer prevalecer o que o declarante pretendia, em seu íntimo, em discrepância com o efetivamente declarado.

Se nos é dado apresentar um juízo de valor, parece fora de dúvida que nesse capítulo, em que contempladas as disposições gerais, o legislador andou bem, trazendo inovações úteis, ainda que algumas dessas sejam apenas para explicitar o que já se tinha como aceito.

7. Introduziu o Código, na Parte Geral, um capítulo sobre a representação, abrangendo tanto a legal quanto a convencional.

Esse alcance para o capítulo resulta, desde logo, do artigo 115, quando estabelece que os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado. Não decorrem, pois, apenas da lei. Adiante, no art. 120, se diz que “os requisitos e os efeitos da representação legal são os estabelecidos nas normas respectivas; os da representação voluntária são os da Parte Especial deste Código”. Sucede, apenas, que, em relação a

essa última, existe regulamentação ampla na Parte Especial, o que não prejudica a incidência, no que couber, das disposições gerais. Aliás, também a representação legal é contemplada em diversos dispositivos da Parte Especial, como já adiantado pelo artigo 120 citado.

Ainda sobre o alcance das normas contidas no capítulo em exame, creio cabível uma observação, tendo em vista o que hoje se entende por representação. Como se sabe, o órgão da pessoa jurídica não é considerado, doutrinariamente, seu representante. No dizer de Pontes de Miranda, o órgão apresenta a pessoa jurídica, não a representa. A atuação do órgão significa atuação da própria pessoa jurídica e não de representante seu. O Código, entretanto, em seu artigo 46, ao tratar do registro da pessoa jurídica, menciona que deverá ele declarar “o modo por que se administra e representa”.

A importância prática da questão, porém, se é que tem alguma, só poderá surgir quanto às associações. É que, ao tratar dos administradores da sociedade, o Código previu se aplicasse a regulamentação pertinente ao mandato, no que coubesse. Ao convocar as regras do mandato, não se limitou, evidentemente, às que se encontram no capítulo que regula tal contrato, mas abrangeu, também, as normas gerais que lhe dizem respeito. Desse modo, considere-se, ou não, como representante, o órgão da sociedade, de qualquer modo a regulamentação será a que resulta dos dispositivos do capítulo que trata da representação.

Merece destaque, no capítulo em exame, o que se contém no artigo 117, que cuida do chamado contrato consigo mesmo, a cujo respeito se pode apontar, em nossa literatura jurídica, a obra de José Paulo Cavalcanti. Nesse contrato, alguém age, de um lado, como representante, de outro, em seu próprio nome. Encontra-se nos dois pólos do negócio, ainda que em posições diferentes. Trata-se de situação em que, havendo interesses a compor, dificilmente deixará de

ser muitíssimo suspeita. O artigo citado, inovando em relação ao direito anterior, que é omissivo quanto ao tema, ao menos com o caráter de generalidade, estabeleceu que anulável o negócio jurídico realizado desse modo. A norma não se limita, entretanto, a essa hipótese. Alcança, também, a dupla representação, ou seja, o caso de uma mesma pessoa representar duas outras e nessa qualidade atuar, colocando-se, como representante, nas duas posições.

O Código de 1916 cogita de uma hipótese de contrato com tal característica. Refiro-me ao artigo 1.133, II, dizendo com a compra e venda. Aí se dispõe que defeso ao mandatário comprar, mesmo em hasta pública, bens de cuja alienação esteja encarregado. A lei nova explicita que a anulabilidade será em relação aos negócios jurídicos em geral, como a locação, a constituição de um direito real ou qualquer outro. E como as normas da Parte Geral, dizendo com a representação, referem-se também à convencional, desde que não colidam com as regras específicas da Parte Especial, tornou-se desnecessário, ao regular a compra e venda, mencionar a proibição da aquisição, pelo mandatário, dos bens de cuja venda esteja encarregado. É o que se verifica do artigo 497 que, no novo Código, cuida de tais vedações.

Note-se, ainda, que a anulabilidade do contrato consigo mesmo foi prevista de modo amplo, excepcionadas apenas as hipóteses de permiti-lo a lei ou o interessado. Talvez fosse recomendável adotar-se um temperamento, à semelhança do direito português, onde existe regra análoga a essa, mas com a ressalva de que o ato não se tem por viciado quando todas as condições já se encontrarem predeterminadas. Efetivamente, se ao mandatário não assiste a possibilidade de decidir sobre o conteúdo do negócio, se nele nada pode inserir de sua escolha, fica afastada a razão de ser da proibição. Parece-me certo que a jurisprudência irá, prudentemente, contemplar exceções.

Observe-se, por fim, no que diz com essa questão, que a lei atual, assim como a nova, prevê a possibilidade de o juiz nomear curador especial para a prática de ato, em lugar do representante legal do incapaz, quando entre representante e representado houver conflito de interesses.

8. Passemos ao capítulo, no direito atual chamado de “modalidades dos atos jurídicos”, denominação essa em boa hora suprimida no novo texto, uma vez que certamente nisso não consistem a condição, o termo e o encargo. Examinam-se alguns tópicos em que tenha havido alteração de relevo.

Primeiro ponto a salientar é o de que o Código atendeu a um reclamo da doutrina e da jurisprudência que criticam a deficiência da norma vigente, quando estabelece serem lícitas todas as condições não vedadas expressamente em lei. Mesmo à falta de vedação expressa, hão de ter-se como defesas as condições que entrem em choque com os princípios informadores da ordem pública e com os bons costumes. O texto peremptório do Código de 1916, exigindo proibição expressa em lei, causava dificuldade a seus aplicadores. Com o acréscimo constante do artigo 122, desaparece o problema.

No que diz com as condições defesas, merecem referência as potestativas. A modificação ocorrida, no que importa, malgrado consistindo apenas na inserção de um adjetivo, parece-me significativa.

Como se sabe, a condição potestativa ilícita é a que o seja puramente, isto é, quando dela decorra ficar a eficácia do ato sujeita, por inteiro, ao arbítrio da parte, o que importa retirar-lhe a seriedade. A pessoa, em realidade, está simultaneamente dizendo que se obriga, mas que a obrigação só existirá se quiser. Tal pode suceder, seja por exprimir-se desse modo, seja por colocar-se, a título de condição, um ato de extrema simplicidade, como fazer uma pequena caminhada. Coisa diversa seria condicionar-se, por exemplo, a que o declarante fizesse uma viagem à Europa. Em tal caso, embora o

implemento da condição esteja a depender de sua vontade, essa encontra-se vinculada a diversos fatores, não se podendo dizer que prive o ato de seriedade.

O novo Código procurou deixar claro que apenas a condição puramente potestativa seria de reputar-se ilícita. Para isso, em vez de limitar-se a mencionar a sujeição ao arbítrio de uma das partes, esclareceu que condicionante haveria de ser o “puro arbítrio” de uma delas.

Considere-se a condição potestativa ilícita ou juridicamente impossível, a consequência será a mesma estabelecida pelo Código de 1916: a invalidade do negócio jurídico que lhe seja subordinado. Interessante assinalar o ponto, uma vez que freqüente a invocação do artigo 115 com o objetivo de declarar nula a condição, a pretexto de que potestativa. A invalidade, entretanto, não é dela, mas do negócio jurídico.

Matéria que enseja controvérsia é a que se prende à retroatividade, ou não, das condições. Foi objeto de regulamentação quanto às resolutivas. A norma, contida no artigo 128, parece bastante adequada, ao ressaltar os atos já praticados, em relação aos negócios de execução continuada ou periódica, não havendo disposição em contrário e “desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames da boa-fé”. Realizada a condição resolutiva, obviamente resolve-se o negócio jurídico, pois para isso mesmo é que ela existe. Não seria razoável, entretanto, que, mesmo observadas as exigências acima, fosse alguém obrigado, por exemplo, a repor o que houvesse recebido.

De boa inspiração, indubitavelmente, a supressão da norma hoje constante do parágrafo único do artigo 119, que passou a figurar no capítulo relativo à extinção dos contratos. Naquele parágrafo se dispõe que pode ser expressa ou tácita a condição resolutiva da obrigação, operando de pleno direito no primeiro caso e por interpelação judicial no segundo. Ora, a questão diz mesmo com a extinção dos contratos e a cha-

mada condição; em verdade, condição não é, no sentido que lhe dá a lei neste capítulo. O artigo 474 refere-se, de modo mais apropriado, à cláusula resolutiva expressa.

Passando ao largo de outras questões, já que o tempo urge, vale referir que, em relação ao encargo, a modificação diz com a hipótese de ser ele ilícito ou impossível. Na aplicação do direito vigente, tem-se admitido que incide o disposto no artigo 116, relativo às condições. Sendo o encargo fisicamente impossível, tem-se por inexistente; se juridicamente impossível, invalida-se o ato. Nunca se reputou a mais adequada essa solução, adotada à falta de outra. A nova lei tratou diretamente do assunto, dando-lhe regulamentação bem melhor. Ter-se-á como não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir motivo determinante da liberalidade. Isso se verificando, a invalidade será do negócio jurídico.

9. No capítulo concernente aos efeitos dos negócios jurídicos, cabe assinalar, de início, alteração de certo relevo, explicitando que a anulabilidade só ocorrerá se o erro se apresenta como perceptível pelo destinatário da declaração. Assim se há de entender o disposto no artigo 138 que, à semelhança do Código de 16, não faz referência à escusabilidade do erro por parte do autor da declaração. Note-se, entretanto, que, mesmo no silêncio da lei, boa parte da doutrina sustentava que esse requisito era necessário.

A grande modificação em relação ao erro, entretanto, consiste na admissão do erro de direito como causa de vício do negócio jurídico, inovação que está a merecer aplausos.

Constitui equívoco manifesto supor que haveria, aí, desatendimento à regra de que ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece. A ignorância da lei não servirá de pretexto para que alguém se abstenha de cumpri-la. Isso o que não há de ser aceito, pena de fazer ineficaz o ordenamento jurídico. Coisa diversa é praticar-se um

ato, na suposição de que estaria regulado por determinada regra jurídica, quando tal não ocorre. Não se pretende descumpri-la; apenas se ignora que incide no caso. Fosse isso sabido, houvesse consciência da determinação legal, o ato não seria praticado, ou não teria o negócio o mesmo conteúdo.

Do que ficou dito resulta, ainda, que o erro de direito, como diz o artigo 139, III, há de ser o motivo único, ou principal do negócio e que não se pretenda recusar a aplicação da lei.

10. No que diz respeito ao dolo, modificou-se sensivelmente, e certamente para melhor, o tratamento dado ao que se origine de terceiro. O atual artigo 95 refere-se à anulação, em virtude de dolo de terceiro, “se uma das partes o soube”. Ora, a toda evidência, a anulação não pode depender do conhecimento por qualquer das partes, mas apenas por aquela a que o dolo aproveita. Se a pessoa de quem se procura obter a declaração, por meio de manobras capciosas, delas tem conhecimento, não estará sendo iludido. O conhecimento, como requisito para anular o negócio, se o dolo é de terceiro, haverá de ser pelo que disso se beneficie. Se pela outra parte, esvaziou-se o dolo, enquanto manobra capaz de enganar.

11. Ao erro e ao dolo segue-se a coação, em que várias modificações melhoraram a regulamentação do instituto.

Em primeiro lugar, afastou-se a necessidade de que, para configurar-se o defeito, o dano houvesse de ser igual ou maior ao receável do ato extorquido. Isso está no código atual e foi sempre objeto de crítica. Em pesquisa que me foi possível fazer, só encontrei um autor a elogiar essa norma. Refiro-me a Hermenegildo de Barros, aliás ilustre civilista, que dizia ganhar o nosso código, nesse ponto, de todos os outros, por ser o único no mundo a inserir esse requisito, ao regular a coação. Não tem símile no direito comparado. Certamente não tinha razão, entretanto, inexistindo justificativa aceitável para tal exigência. Quem sofre a coação teve, evidentemente, a

sua vontade viciada e não há como aceitar que seja melhor sofrer o dano do que levar a efeito o ato. O que se há de avaliar é se a coação era realmente apta a conduzi-la à prática do ato indesejado. Isso ocorrendo, é o quanto basta para tê-lo como anulável.

Outro ponto diz respeito à coação em relação a pessoa não integrante da família daquele que sofreu a violência. Note-se, de logo, haver uma certa dificuldade em saber o que se há de entender por família para esse fim. Dever-se-á considerar que composta dos parentes, como tal contemplados pelo código? Consigne-se, de passagem, que a nova lei reduziu os graus de parentesco, tratando-se de colaterais. Enquanto no direito atual considera-se existente essa relação até o sexto grau, o novo código a limita ao quarto. A dúvida, já existente no direito atual, subsiste, mas, em verdade, talvez seja melhor assim, pois permite uma certa flexibilidade na apreciação dos casos concretos. Acresce que significativa alteração, introduzida pela nova lei, veio a facilitar a solução. Refiro-me ao tratamento legal da coação, quando a ameaça dirija-se a pessoa estranha à família daquele de quem se pretende obter a declaração.

Orosimbo Nonato, em sua notável obra sobre a coação como defeito do ato jurídico, já apontava a impropriedade do direito vigente, ao estabelecer que a coação haveria de dizer com o temor de dano à pessoa do coacto, sua família ou seus bens. Salientou a necessidade de construção jurisprudencial, ampliativa da abrangência do dispositivo, de tal sorte que, dependendo do contexto, compreendesse, como capaz de configurar o vício em exame, também a ameaça dirigida a terceiro. A que se faça a um estranho, conforme as circunstâncias, será capaz de forçar à prática de um ato não desejado, tanto quanto a que é dirigida a um familiar. Esse terceiro pode não ter vínculo algum com aquele que se pretende coagir e, não obstante, o fato de acenar-se com a possibilidade de atingi-lo, com grave malefício, será eventualmente bastante para influir

decisivamente no ânimo daquele que se intenta intimidar. E não se exclui que isso se verifique até mesmo se direcionada a ameaça a um desconhecido. O direito não há de prestigiar o entendimento de que alguém deva ficar indiferente, por exemplo, à ameaça de morte de outra pessoa, apenas porque não é seu parente, ou mesmo por não figurar em seu círculo de amizades. Não é de nenhum modo razoável admitir-se que não viciado, e válido, por conseguinte, o negócio jurídico resultante de declaração feita para evitar um homicídio.

O novo Código, atendendo a esse reclamo, estabeleceu, no parágrafo único do artigo 151, que o juiz, tendo em vista as circunstâncias, decidirá se houve coação, quando a ameaça disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente.

A propósito, vale chamar a atenção para uma particularidade. O Código, ao tratar do casamento, cuidou novamente da coação. Não o fizesse, aplicar-se-iam as normas gerais pertinentes aos vícios do negócio jurídico, seja por como tal se considerar o casamento, seja por entender-se que se trata de ato jurídico não negocial, uma vez que as regras daquele a esse se aplicam. Ocorre que, ao fazê-lo, absteve-se de prever a possibilidade de a ameaça referir-se a terceiro. Daí a dificuldade. Enquanto nada se dispunha a esse respeito, poder-se-ia cogitar da construção jurisprudencial preconizada por Orosimbo. Mais difícil ela se torna, entretanto, se existe regulamentação específica, quanto a determinado instituto, diversa da regra geral.

12. Para terminar, já que o tempo mais não permite, creio que merece ser salientado o tratamento que foi dado à simulação.

No Código atual, é muitíssimo criticável a regulamentação desse defeito do ato jurídico, notadamente nos artigos 103 e 104, que têm trazido graves dificuldades, quando se cuida de sua aplicação aos casos concretos. Criam empecilho à anulação de atos que, pode-se dizer, clamam por serem desconstituídos.

Principiemos pela chamada simulação inocente, objeto do artigo 103. De seus termos resulta que não existirá o defeito, se ausente o propósito de prejudicar terceiro, ou de violar disposição de lei. Carvalho Santos ministra, a propósito, exemplo expressivo. Um fazendeiro pretende afastar-se de sua propriedade, por um longo tempo, e deseja que seu capataz assuma inteiramente a administração dos negócios, relativos à fazenda. Para facilitar que assim se faça e temeroso de que, constituindo-o simplesmente seu mandatário, eventualmente se omita a outorga de poder que, posteriormente, venha a apresentar-se como necessário, delibera, de acordo com o outro interessado, simular uma venda. O administrador, passando a ter o domínio do bem, poderia praticar todos os atos. Quando o primitivo proprietário retornasse, a alienação seria desfeita. Ocorre que, na sua volta, o administrador nega-se a aquiescer com o desfazimento do negócio. Ora, a simulação, no caso, é de considerar-se inocente, pois não visou a prejudicar terceiros, nem a fraudar a lei, mas apenas a facilitar a administração, na ausência do proprietário. Segundo o artigo 103, embora se demonstrasse tratar-se de negócio simulado, não existiria o defeito em exame. Como tal solução é inaceitável, ao menos parte da jurisprudência e doutrina tem trabalhado o texto para chegar a conclusões muito próximas, em verdade, da que foi dada pelo novo Código e que, em seguida, mencionaremos.

O artigo 104, dizendo com a denominada simulação fraudulenta, é ainda pior e a jurisprudência, em vista da iniquidade a que, em certas circunstâncias, sua aplicação conduz, tem introduzido temperamentos cada vez maiores, de tal sorte que, no Superior Tribunal de Justiça, chegou-se perto de negar-lhe aplicação.

Na palestra antecedente, fez-se referência às simulações tendentes a esconder um negócio usurário. Como ambos os contratantes participaram do ne-

gócio e havia intenção de fraudar a lei proibitiva da usura, não poderia ele, a rigor, ser anulado.

No novo Código, o negócio jurídico simulado é nulo, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé. Estabeleceu-se, mais, que subsistirá o negócio que se dissimulou, desde que válido na substância e na forma. A mudança, sem dúvida, só merece louvores. E note-se, ainda, que, de qualquer modo, o objetivo de fraudar lei imperativa consiste causa de nulidade, prevista no artigo 166.

DEBATES

Des. Sergio Cavalieri Filho

Costumo, Ministro, fazer distinção entre enriquecimento ilícito e enriquecimento sem causa. O enriquecimento ilícito se dá quando pratico um ato ilícito e dali me resulta um proveito. Mas se o banco, evidentemente, por equívoco, lançar na minha conta uma quantia enorme que não me pertence, tenho que devolver. Tenho que devolver porque será um enriquecimento sem causa. Não pratiquei ato ilícito nenhum, mas não posso me aproveitar.

Então, esse terceiro que foi beneficiado pela coação, realmente não tem culpa de nada. Ele não participou, não sabia, mas vai receber um benefício sem causa. Ele se enriquecerá à custa do outro. Não estou conseguindo compreender isso. E o outro será prejudicado seriamente sem culpa nenhuma!

– Roldão, o que acha?

Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes

É um caso típico de enriquecimento sem causa, aufere vantagem às custas alheias.....

Des. Sergio Cavalieri Filho

Só que agora consagrado na lei.

Ministro Eduardo Ribeiro

É de esperar-se que a jurisprudência trabalhe o texto, introduzindo-lhe temperamentos. 